

Mr. Jac. Hijma

# HET CONSTITUTIEVE WIJZIGINGSVONNIS

in het licht van de algemene werking  
van redelijkheid en billijkheid

Kluwer

# HET CONSTITUTIEVE WIJZIGINGSVONNIS

in het licht van de algemene werking  
van redelijkheid en billijkheid

REDE

uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt  
van hoogleraar in het burgerlijk recht  
aan de Rijksuniversiteit te Leiden  
op vrijdag 22 september 1989

door

MR. JACOB HIJMA

Kluwer — Deventer — 1989

ISBN 90 268 1962 5

© 1989 Mr. Jac. Hijma, Zoeterwoude

Behoudens uitzondering door de wet gesteld mag zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbende(n) op het auteursrecht, (c.q. de uitgever, door de rechthebbende(n) gemachtigd namens hem (hen/haar) op te treden) niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotocopie, microfilm of anderszins, hetgeen ook van toepassing is op de gehele of gedeeltelijke bewerking.

De uitgeefster (uitgever) is met uitsluiting van ieder ander gerechtigd de in artikel 17, lid 2, Auteurswet 1912 en in het KB van 20 juni 1974 (Stb. 351) bedoelde vergoeding te innen en/of daartoe in en buiten rechte op te treden.



Mijnheer de Rector Magnificus,  
Dames en heren,

### 1. Inleiding

Tot de opvallende aspecten van het over enige jaren in te voeren Nieuwe Burgerlijk Wetboek behoort, dat de rechter in verschillende wetsartikelen de bevoegdheid krijgt in te grijpen in het door contractspartijen overeengekomene. Deze mogelijkheid is aldus geformuleerd, dat de rechter een bepaalde wijziging in (de gevolgen van) de overeenkomst *kan* aanbrengen. Het woord 'kan' geeft – zo wordt zowel in<sup>1</sup> als buiten<sup>2</sup> de toelichtende stukken geleerd – een discretionaire bevoegdheid aan: doet het in de bewuste wetsbepaling bedoelde geval zich voor, dan mag de rechter ingrijpen, doch daartoe gehouden is hij niet.

Nu moet men deze *beslissingsvrijheid* onderscheiden van de normale *beoordelingsvrijheid*, die de rechter heeft als uitvloeisel van zijn algemene taak als rechtstoepasser<sup>3</sup>. Laatstbedoelde vrijheid, die wellicht beter als (beoordelings)speelruimte kan worden aangemerkt<sup>4</sup>, doet zich in extremis voor bij de zgn. vage normen<sup>5</sup>. De vraag of een bepaalde gedraging in strijd is met redelijkheid en billijkheid, de vraag of een contractant op de aanwezigheid van wil of van vertegenwoordigingsbevoegdheid mocht vertrouwen: zij kennen principieel bezien maar één 'juist' antwoord (de rechter heeft geen beslissingsvrijheid), maar de vraag of dit antwoord in de gegeven omstandigheden positief dan wel negatief dient te zijn, is in belangrijke mate aan de persoonlijke inschatting door de rechter overgelaten (hij heeft wel een beoordelingsspeelruimte)<sup>6</sup>.

Kan zulk een beoordelingsspeelruimte in ieder type vonnis tot uitdrukking komen, in de gevallen waarin aan de rechter een beslissingsvrijheid wordt toegekend komt alleen een *constitutief* – een rechtschep-

1. Bijv. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 242.

2. Bijv. G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding (1980), blz. 55.

3. Vgl. K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1983), par. II.3.3e.

4. Vgl. K. Larenz, t.a.p.: 'Beurteilungsspielraum'.

5. Zie over vage normen in het NBW – en met name redelijkheid en billijkheid – de beschouwingen van A.S. Hartkamp in WPNR 5559-5560 (1981).

6. Voor de goede orde: deze speelruimte doet zich geenszins alleen bij de vage vormen voor, maar is in feite – in een minder uitbundige vorm – aan iedere rechtstoepassing inherent (interpretatie van de wet, interpretatie van feitenmateriaal).

pend – vonnis in aanmerking. Waar de rechter bij zijn besluitvorming vrijheid geniet, kan immers bezwaarlijk worden aangenomen dat hij zou (kunnen) constateren dat het objectieve recht reeds tot een bepaalde uitkomst heeft geleid: hij moet juist zelf zijn keuze gaan bepalen. De wettelijke formule 'de rechter kan' verwijst derhalve mede naar de figuur van het constitutieve rechterlijk vonnis<sup>7</sup>. En tenslotte blijkt uit de desbetreffende wetsartikelen, dat telkenmale een samenspel van rechter en procespartij noodzakelijk is: de rechter kan weliswaar in het overeengekomen ingrijpen, maar alleen indien een der partijen dat van hem *verlangt*<sup>8</sup>.

Contractsaanpassing, discretionaire bevoegdheid, constitutief vonnis, partijverlangen. Ziehier, in enige trefwoorden, de materie waarvoor ik hedenmiddag uw aandacht wil vragen. Eén belangrijk trefwoord moet daaraan met bekwame spoed – ja onverwijd<sup>9</sup> – worden toegevoegd: *redelijkheid en billijkheid*. De keuze voor een constitutief vonnis doet immers de vraag rijzen, hoe het rechterlijk oordeel zich verhoudt tot de algemene werking van redelijkheid en billijkheid, zoals die in artikel 6.1.1.2 voor iedere verbintenis, en in artikel 6.5.3.1 voor de obligatoire overeenkomst ligt verankerd<sup>10</sup>. Wordt aan deze artikelen gederogerd, of behouden zij – naast de rechterlijke beslissingsbevoegdheid – een zelfstandige waarde?

In mijn bespiegelingen staat een tweetal wetsartikelen centraal: ten eerste artikel 6.5.3.11 (in de nieuwe nummering artikel 258 van Boek 6), handelend over het intreden van onvoorziene omstandigheden, en ten tweede artikel 6.1.8.18 (het uiteindelijke artikel 94 van Boek 6), gewijd aan de matiging of aanvulling van een overeengekomen boete<sup>11</sup>.

7. Hiermede wil overigens geenszins gezegd zijn, dat het constitutieve vonnis slechts als sequeel van een beslissingsvrijheid ten tonele zou kunnen verschijnen. Het rechtscheppende vonnis kan ook om de eigen merites worden verkozen: zie bijvoorbeeld – ten aanzien van het nader te bespreken artikel 6.5.3.11 – MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 973-974. Ook kan het constitutieve vonnis voorkomen zonder enige beslissingsvrijheid, zoals bijvoorbeeld het geval is bij de rechterlijke vernietiging van een rechtshandeling wegens handelingsonbekwaamheid of een wilsgebrek (art. 1482 e.v. BW; art. 3.2.15 (3:51) lid 1 NBW).
8. Zie de artikelen 3.2.17b (3:53) lid 2, 3.2.17c (3:54) lid 2, 6.1.8.18 (6:94) leden 1 en 2, 6.5.2.12a (6:230) lid 2, 6.5.3.11 (6:258) lid 1, 6.5.3.12 (6:259) lid 1.
9. Vgl. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 162.
10. In de nieuwe nummering: artikelen 6:2 en 6:248.
11. De artikelen 3.2.17b (3:53) lid 2, 3.2.17c (3:54) lid 2 en 6.5.2.12a (6:230) lid 2 laat ik hier verder rusten, nu zij onlosmakelijk met het leerstuk der nulliteiten zijn verbonden, en ik daaraan in ander verband (diss. Leiden 1988, blz. 177-192, 203-211) reeds de nodige aandacht heb besteed.

## ONVOORZIENE OMSTANDIGHEDEN

### 2. Artikel 6.5.3.11 (6:258)

De eerste der te bespreken regelingen is – zoals gezegd – die der ‘onvoorziene omstandigheden’ in de zin van artikel 6.5.3.11 NBW. Deze bepaling luidt, voor zover thans van belang, als volgt:

De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.

Artikel 6.5.3.12a<sup>12</sup> lid 1 bepaalt aansluitend, dat de rechter aan zulk een wijziging of ontbinding voorwaarden kan verbinden.

### 3. Normvergelijking

Indien aan de vereisten van artikel 6.5.3.11 is voldaan, kan de rechter de overeenkomst wijzigen of (geheel of gedeeltelijk) ontbinden, al dan niet onder door hem te stellen voorwaarden. Maar welke norm – of normen – dient hij daarbij te hanteren? Strikt genomen bevat artikel 6.5.3.11 alleen de norm *tot*ingrijpen: de rechter kan tot aanpassing overgaan als de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding mag verwachten. Maar in deze norm *tot*ingrijpen kan – spiegelbeeldig – tevens de norm worden ontwaard die *bij* het rechterlijk ingrijpen zal dienen te worden gehanteerd. De constatering dat het wetsartikel wijziging mogelijk maakt waar onverminderde instandhouding *niet* meer mag worden verwacht, leidt tot de gevolgtrekking, dat de rechter naar die uitkomst zal dienen te zoeken die partijen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid – in plaats van het oorspronkelijk overeengekomene – (nog) *wel* van elkaar mogen verwachten.

Is dit precies dezelfde toetsing als die welke wij kennen van de ‘algemene’ redelijkheid en billijkheid, zoals die in de artikelen 6.1.1.2 en 6.5.3.1 tot uitdrukking komt? Qua *wezen* bestaat er geen verschil: zowel in artikel 6.5.3.1 lid 1 (aanvullende werking) als in artikel 6.5.3.1 lid 2 (beperkende werking) en in artikel 6.5.3.11 (onvoorziene omstandigheden) gaat het stellig om dezelfde redelijkheid en billijkheid. Maar wel kan een

12. In de nieuwe nummering: artikel 6:260.



verschil worden geconstateerd in de door de rechtstoepasser *te betrachten terughoudendheid*.

Zo men ziet naar de *aanvullende* werking, blijkt dat de rechter in dat kader – waar geen regel voorligt, maar er juist naar een regel moet worden gezocht – ongehinderd zal kunnen uitmaken wat in het gegeven kader tussen de betrokkenen redelijk en billijk is te achten. Een, zo men wil, volledige toetsing<sup>13</sup>. Bij de *beperkende* werking ligt dat anders. Daar staat immers een bepaalde tussen partijen geldende regel voorop, van welke regel alleen zal worden afgeweken als zijn doorvoering in de gegeven omstandigheden *onaanvaardbaar* moet worden genoemd. Zowel in de toelichtende stukken<sup>14</sup> als in de literatuur<sup>15</sup> wordt er op gewezen, dat de rechter zich daarbij terughoudend moet opstellen: hij mag niet onbemmerd uitmaken wat tussen partijen redelijk en billijk is, maar dient slechts te onderzoeken of toepassing van de voorliggende regel onaanvaardbaar moet heten. Een toetsing van dit type zou men als marginale toetsing kunnen omschrijven<sup>16</sup>.

Waar in dit veld bevindt zich de formule van artikel 6.5.3.11, die aan de orde stelt of de wederpartij een onverkorte instandhouding mag verwachten? Ik zou zeggen: ergens in het midden. Enerzijds is zij minder streng dan die van artikel 6.5.3.1 lid 2: de wederpartij zal soms iets niet meer van de ander mogen verwachten, ook al is de grens der onaanvaardbaarheid nog niet bereikt<sup>17</sup>. Maar anderzijds is zij strikter dan een 'open' toetsing à la artikel 6.5.3.1 lid 1, nu er wel degelijk een contractsregel voorligt, en het onderzoek wordt afgestemd op de vraag of de wederpartij doorvoering daárvan nog wel verwachten mag.

Het komt mij voor, dat deze middenweg naadloos aansluit bij de aard van de problematiek der onvoorziene omstandigheden. Deze kenmerkt zich immers door een dilemma, dat hierin bestaat, dat er aan de ene kant een contractuele regeling voorligt die zich – naar de algemene bewoor-

13. Zij het vanzelfsprekend tegen de achtergrond van het in concreto overeengekomene. Voorwerp der toetsing zijn de door partijen met betrekking tot (de invulling van) de geconstateerde leemte ingenomen stellingen.
14. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 68-69.
15. Zie bijv. Asser-Hartkamp II (1989), nr. 314.
16. Vgl. F.J.W. Löwensteijn, oratie Tilburg 1967, blz. 28-29.
17. Anders N.J. van de Sande Bakhuijzen, WPNR 5387 (1977), blz. 249. Ik vergelijk hier overigens puur de in de verschillende bepalingen gegeven criteria, en niet de uitkomsten waartoe de toepassing van deze criteria in een concreet geval van onvoorziene omstandigheden zou leiden. Men bedenke dat de aanwezigheid van onvoorziene omstandigheden bij de formule van artikel 6.5.3.11 reeds is meegewogen (vandaar de versoepeling), maar bij artikel 6.5.3.1 lid 2 nog niet (er zal bij onvoorziene omstandigheden sneller sprake zijn van 'onaanvaardbaarheid'); zie nader noot 30.

dingen waarin zij is vervat – ook in de aan de orde zijnde probleemsituatie voor toepassing aandient, doch aan de andere kant de na de contractsluiting ingetreden omstandigheden dermate afwijken van het feitelijke kader waarin het overeengekome was ingebed, dat de vraag of de contractsregel mede op deze nieuwe situatie betrekking heeft met wellicht evenveel recht ook ontkennend zou kunnen worden beantwoord. Anders gezegd: in de litigieuze gevallen dienen zich tezelfdertijd een marginale en een volledige toetsing aan. In de rechtstheorie zijn, zowel te onzent als elders, beide invalshoeken beklemd: sommigen<sup>18</sup> zoeken de oplossing – het contract als ook dit geval omvattend beschouwende – in de derogerende werking van de goede trouw, anderen<sup>19</sup> constateren juist dat het overeengekomene een leemte vertoont, die met de aanvullende goede trouw zal moeten worden opgevuld.

Het NBW nu lijkt beide zienswijzen met elkaar te verzoenen door één nieuw ‘midden criterium’ te geven, waarin enerzijds van de gelding der afspraak wordt uitgegaan, maar anderzijds de daaraan normaliter verbonden *afstandelijke toetsing wordt geïntensiveerd*. Die benadering acht ik passend, nu weliswaar een contractsregel voorligt, doch de ingetreden verandering<sup>20</sup> van omstandigheden de ‘harde’ status van die regel ondergraaft. En met dat ondergraven doel ik dan niet op de – op een ja of neen aansturende – vraag of de contractuele regel in de nieuwe context nog wel gelding heeft, maar op een benadering in termen van meer of minder. In feite is sprake van een glijdende schaal, met aan de ene kant het geval waarin de (relevante) omstandigheden onveranderd zijn en het overeengekomene dus onverminderd geldt, en aan de andere kant de situatie waarin de (relevante) omstandigheden dermate ingrijpend zijn veranderd, dat aan de contractsregel in het geheel geen werking meer zal toekomen. Tussen deze beide polen bevinden zich de vele grijs tinten die tot een wijziging ex artikel 6.5.3.11 kunnen leiden. In die tussengevallen geldt de contractuele afspraak nog wel, maar geldt zij *minder ‘hard’, minder onomstotelijk*<sup>21</sup> dan wanneer de onvoorziene omstandigheden zouden zijn uitgebleven.

18. Bijv. P. Abas, diss. UvA 1972, m.n. blz. 295-298; Hofmann-Abas (1977), blz. 204-205.

19. Met name M.H. Bregstein, preadvies NJV 1936.

20. Met inbegrip van het geval dat een door partijen verwachte wijziging juist uitblijft; vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 969.

21. Dat ‘minder onomstotelijk’ bedoel ik, zoals uit het navolgende moge blijken, vrij letterlijk: de onvoorziene omstandigheden kunnen maken, dat de wederpartij zich – in of buiten rechte – een ‘omstoten’ van de oorspronkelijke rechtsverhouding zal moeten laten welgevalen (zie nr. 7 e.v.).



#### 4. 'Onvoorzien'

Het cruciale begrip 'onvoorziene omstandigheden' wordt door de wetgever<sup>22</sup> aldus uitgelegd, dat het hierbij niet zozeer gaat om wat voor partijen voorzienbaar was of om wat zij hebben voorzien, maar om de vraag of *door hen* in het intreden van de litigieuze omstandigheden is voorzien, om de vraag derhalve of dat intreden – uitdrukkelijk of stilzwijgend – in de overeenkomst is *verdisconteerd*. Deze begrenzing, die door Abas<sup>23</sup> als ondeugdelijk is bestreden, houd ik voor juist<sup>24</sup>. Waar de middenkoers van het artikel zijn grondslag vindt in het dilemma ten aanzien van de vraag of de contractuele regel nu wel dan niet ook op de onderhavige situatie kan worden betrokken<sup>25</sup>, dient hij te wijken in gevallen waarin de overeenkomst zelf aangeeft dat de regel wèl mede die situatie betreft. Alsdan past geen versoepeling in de zin van artikel 6.5.3.11. Maar wel is – vanzelfsprekend – nog de algemene norm van artikel 6.5.3.1 lid 2 toepasselijk. Onder omstandigheden zou de hantering van dat artikellid er dan toe kunnen leiden dat aan de verdiscontering wordt gederogerd<sup>26</sup>, zodat vervolgens een situatie ontstaat die de facto aan een niet-verdiscontering gelijk staat, en die derhalve – strikt genomen per analogiam – binnen de poorten van artikel 6.5.3.11 tot een oplossing kan worden gebracht. Zo heeft Abas<sup>27</sup> het ruime toepassingsgebied voor het artikel dat hij wenst, doch heeft de wetgever<sup>28</sup> zijn – in het prealabele 'onaanvaardbaar' van artikel 6.5.3.1 lid 2 gelegen – waarborg tegen een te snelle ecartering van het 'pacta sunt servanda'.

#### 5. Achtergrond

Waarom heeft de wetgever aan de onvoorziene omstandigheden een apart artikel gewijd, en de materie niet simpelweg aan de algemene bepalingen van redelijkheid en billijkheid overgelaten? Deze vraag klemmt te

22. TM, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 968; MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 973; Eindverslag I, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 979.

23. P. Abas, *Onvoorziene omstandigheden* (1978), m.n. blz. 14 e.v.; vgl. P. Abas, *Rebus sic stantibus* (1989), blz. 239.

24. Enzo Asser-Hartkamp II (1989), nr. 333; H.C.F. Schoordijk, WPNR 5923 (1989), blz. 416.

25. Zie hierboven, nr. 3.

26. Ik heb hier met name het oog op de situatie waarin de ene partij een verlangen uit in de zin van artikel 6.5.3.11, maar de wederpartij de toepasselijkheid van dat artikel ontkent op basis van een geschiede verdiscontering.

27. P. Abas, *Onvoorziene omstandigheden* (1978), m.n. blz. 14 e.v.; P. Abas, *Rebus sic stantibus* (1989), blz. 239.

28. Zie ook Asser-Hartkamp II (1989), nr. 333.

meer, nu in de Memorie van Antwoord<sup>29</sup> wordt opgemerkt dat zonder een uitdrukkelijke bepaling 'een vergelijkbaar resultaat' zou kunnen worden bereikt aan de hand van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid ex artikel 6.5.3.1 lid 2, zo nodig gecombineerd met een aanvulling krachtens artikel 6.5.3.1 lid 1. En inderdaad kan zonder twijfel worden aangenomen, dat – in ieder geval in theorie – door een samenspel van beperking en aanvulling welhaast ieder denkbaar resultaat zou kunnen worden verkregen<sup>30</sup>.

Uit de toelichtende stukken blijkt, dat bij het opnemen van artikel 6.5.3.11 de wens heeft voorgezetten dat *de rechter* inzake het effect der veranderde omstandigheden een constitutieve uitspraak zou doen. Ter gelegenheid van de Memorie van Antwoord<sup>31</sup> betoogt de Minister het volgende<sup>32</sup>:

'Zoals gezegd, eist artikel 6.5.3.11, in afwijking van wat voor art. 6.5.3.1 lid 2 geldt, een uitspraak van de rechter. Dit verschil wordt gerechtvaardigd door het feit dat toepassing van artikel 6.5.3.11, anders dan die van artikel 6.5.3.1 lid 2, tot een definitief geheel of ten dele opnieuw vaststellen van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding leidt. Niet alleen is dit veelal een beslissing van meer ingrijpende aard, maar ook zal het hier in de regel gaan om meer gecompliceerde feitelijke situaties, waarin gemakkelijk verschillende oplossingen voor toepassing in aanmerking komen (...). Deze moeilijkheden kunnen het best worden opgelost door middel van een constitutief vonnis, zulks mede met het oog op eventuele belangen van derden'.

29. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 973.

30. Ook de in artikel 6.5.3.11 gevaren 'middenkoers' zou zonder veel problemen in dat algemene kader kunnen worden ingebracht, via de redenering dat waar de nieuwe omstandigheden de status van de contractuele regel ondergraven, sneller van 'on-aanvaardbaarheid' in de zin van artikel 6.5.3.1 lid 2 sprake zal zijn (vgl. noot 17). In de huidige rechtspraak van de Hoge Raad kan inderdaad een hantering van de toets van artikel 6.5.3.11 in het kader der algemene werking van redelijkheid en billijkheid worden onderkend: HR 16 december 1977, NJ 1978, 156 (Ziekenfonds); HR 27 april 1984, NJ 1984, 679 (NVB/Helder); HR 23 juni 1989, RvdW 1989, 176 (Gasbedrijf/Nieuwegein).

31. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 974.

32. Aanvankelijk werd overigens voorzichtigheid als drijfveer genoemd. Bij de vraagpuntenbehandeling (1952/53), Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 967, gaf de Minister het navolgende te kennen: 'Tot nog toe wordt door de Hoge Raad en door vele schrijvers een afwijzende houding aangenomen tegen een wijziging van het overeengekomene op grond dat door onvoorziene omstandigheden nakoming van een overeenkomst voor een der partijen uitermate bezwaarlijk wordt. Daarom moet van een zodanige wijziging van het overeengekomene slechts een voorzichtig gebruik kunnen worden gemaakt en moet de toepassing van deze bevoegdheid als uitzonderingsmaatregel aan de rechter worden opgedragen (...)'.  
.

Kortom: om wille van de *rechtszekerheid* is een constitutief vonnis aantrekkelijker dan een werking van rechtswege. Het gaat om ingrijpende beslissingen, waarbij nogal wat varianten in aanmerking komen. Te noemen zijn: de aanpassing van één prestatie, een aanpassing aan beide zijden, een gedeeltelijke ontbinding, een algehele ontbinding; al deze mogelijkheden kunnen dan weer met een of meer door de rechter krachtens artikel 6.5.3.12a lid 1 gestelde voorwaarden worden gecombineerd<sup>33</sup>.

## 6. *Casuspositie*

Maar laten wij een voorbeeld bezien, dat ik – via Abas – aan de rechtspraak ontleen<sup>34</sup>. Koninklijke Bijenkorf Beheer (verder te noemen: KBB) sloot met de gemeente Utrecht een overeenkomst, inhoudende dat KBB in die stad een nieuwe vestiging van De Bijenkorf zou bouwen; de gemeente zei harerzijds toe de daartoe benodigde grond bouwrijp in erfpacht uit te geven. Als de gemeente later KBB tot nakoming aanspreekt, stelt KBB dat gezien de gewijzigde planologische en financieel-economische omstandigheden de gemeente in redelijkheid geen nakoming meer kan vorderen. KBB wijst er op dat – in de zes jaren die na de contractsluiting zijn verstreken – er minder bevolkingstoename in Utrecht is geweest dan verwacht, dat het koopkrachtige publiek uit de stad wegtrekt, dat Hoog Catharijne meer publiek trekt dan verondersteld, dat aan de rand van Utrecht nog twee andere winkelcentra zijn verrezen, en dat de koopkracht überhaupt geringer is geworden. Al met al: het grootschalige project zal in de huidige omstandigheden zwaar verliesgevend blijken te zijn. De gemeente stelt zich op het standpunt dat een en ander tot het normale risico van de ondernemer behoort, zulks met de weinig fijnzinnige toevoeging: ‘zelfs als hij er aan ten ondergaat’.

De rechtbank wijst de nakomingsactie eenvoudig toe – *pacta sunt servanda* –, maar het Hof te Amsterdam oordeelt dat de gemeente in redelijkheid geen onverkorte uitvoering van de overeenkomst kan verlangen. Intrigerend is het vervolg van het arrest. Het Hof overweegt dat het feit dat de gemeente geen uitvoering van het *oorspronkelijk* overeengekomene kan eisen niet impliceert, dat zij in het geheel niets meer kan vorderen: het overeengekomene verbindt KBB om naar *andere* mogelijkheden te zoeken om de overeenkomst op een voor beide partijen zinvolle wijze – in een gewijzigde vorm – uit te voeren. Volgt een comparitie van partijen, teneinde te bezien op welke wijze alsnog nakoming van KBB

33. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 974.

34. Hof Amsterdam 6 mei 1982, rolnummer 314/81, niet als zodanig gepubliceerd, maar letterlijk weergegeven door P. Abas in WPNR 5625 (1982) en in *Rebus sic stantibus* (1989), blz. 202-205.



zal kunnen worden verlangd. De procedure is – zo blijkt uit een kranteverslag<sup>35</sup> – uiteindelijk hierin uitgemond, dat enige jaren later te Utrecht een *kleinere* Bijenkorf-vestiging feestelijk is geopend: een typische tussenoplossing, waarmee aan de belangen van beide contractspartijen tegemoet wordt gekomen.

### 7. Partijverlangen en rechterlijk oordeel

Naar komend recht zal de rechter krachtens artikel 6.5.3.11 het contract in de zin van zulk een tussenoplossing kunnen wijzigen. Hij zal daarbij redelijkheid en billijkheid als richtsnoer moeten hanteren, en wel in een 'gemiddelde' mate van afstandelijkheid: vertrekkende vanuit de oorspronkelijke contractuele regel, maar in het besef dat zich nieuwe omstandigheden voordoen die de status daarvan aanknagen<sup>36</sup>.

De rechter zal – zo zegt artikel 6.5.3.11 – slechts kunnen ingrijpen, indien de wijziging of ontbinding door een der partijen wordt *verlangd*. Nu kan zulk een verlangen niet alleen in processuele zin diverse vormen aannemen<sup>37</sup>, maar ook in materieel opzicht: er is een breed scala denkbaar, van zeer concreet aan de ene kant, tot zeer algemeen aan de andere.

Laten wij aanvangen met de *concrete* verlangens, en in dat kader de KBB-casus – fictief – enigszins uitbouwen. We nemen aan dat KBB zich jegens de gemeente X heeft verbonden tot het neerzetten van een Bijenkorfgebouw van drie verdiepingen; de planologische en financieel-economische omstandigheden ter plaatse verslechteren ingrijpend. KBB, tot onverkorte nakoming aangesproken, verlangt van de rechter een aanpassing aldus, dat zij tot het neerzetten van een – vermoedelijk rendabeler – HEMA-vestiging (van dezelfde grootte) wordt verplicht. Een verlangen dat niet op voorhand bizar kan worden genoemd, nu – zo nemen wij aan – in de bewuste gemeente X nog geen HEMA is gevestigd. Na veel wikken en wegen komt de rechter uiteindelijk tot het oordeel dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, het realiseren van een *kleinere* Bijenkorf-vestiging – te weten een van twee verdiepingen – in concreto het meest voor de hand ligt. Drie standpunten derhalve: dat van de gemeente (drie verdiepingen Bijenkorf), dat van KBB (drie verdiepingen HEMA) en dat van de oordelende rechter (twee verdiepingen Bijenkorf)<sup>38</sup>.

35. NRC Handelsblad 26 november 1984 (vindplaats ontleend aan P. Abas, *Rebus sic stantibus*, blz. 205, noot 2).

36. Zie hierboven, nr. 3.

37. Rechtsvordering, verweer, antwoord op verweer: zie MvT IW NBW, TK 17541, nr. 3, blz. 41.

38. Teneinde het probleem scherp te stellen, abstraheer ik hier verder van de mogelijk-

Nu zijn verschillende redeneringen denkbaar. In de eerste plaats zou kunnen worden gemeend, dat ieder verlangen in de zin van artikel 6.5.3.11 de zaak volledig in handen van de rechter legt, zodat deze – eenmaal ingeschakeld zijnde – steeds vrijelijk zijn eigen standpunt tot uitdrukking kan brengen. Het komt mij evenwel voor dat aldus het ‘op verlangen van’, dat toch ten doel heeft de rechterlijke werkzaamheid afhankelijk te maken van de hem voorgelegde wensen der contractanten, onvoldoende serieus wordt genomen<sup>39</sup>. Bedoeld verlangen is een rechtsmiddel<sup>40</sup>, waarmee de betrokken partij niet alleen het rechterlijk oordeel uitlokt, maar daarvan tegelijkertijd de grenzen bepaalt. In zoverre zal de rechter op de hem voorgelegde partijstandpunten zijn aangewezen<sup>41</sup>. Maar ook dan kan hij nog twee redeneerwijzen volgen. De eerste is deze, dat ieder verlangen ex artikel 6.5.3.11 zal worden afgewezen dat niet de ‘ideale optie’ belichaamt. Het risico ligt dan volledig bij degene die het contract niet onverminderd toegepast wil zien, in casu dus bij KBB. Zo zij niet het ‘goede’ voorstel doet (een gereduceerde Bijenkorf), wordt haar wijzigingsverlangen ter zijde gesteld, zodat zij tot nakoming op de oude voet zal kunnen worden veroordeeld.

Maar er kan ook een andere redenering worden gevolgd, die aldus luidt, dat de rechter uit de hem voorgelegde oplossingen die zal kiezen die *het meeste* aansluit bij hetgeen de contractanten naar redelijkheid en billijkheid (nog) van elkaar mogen verwachten. Komt de vestiging van een HEMA méér in aanmerking dan een gewone contractsdoorvoering, ook al is een derde weg (een Bijenkorf van een verdieping minder) per saldo de meest aangewezen, dan zal de rechter in deze optiek voor de *relatief* beste oplossing – de HEMA dus – kiezen. Het tonen van een ‘beter’ verlangen doet dan het risico in die zin naar de wederpartij verspringen, dat deze het door de ander aangedragene tegen zich zal moeten laten gelden, tenzij zij zelf een nóg beter alternatief ter tafel brengt.

Ik zou deze tweede zienswijze willen aanbevelen. Zij heeft belangrijke voordelen. Ten eerste is – principieel bezien – een ‘second best’ uitkomst aantrekkelijker dan de per saldo slechtste oplossing<sup>42</sup>. En in de tweede

→ heid dat de rechter – balancerend op de grenzen van zijn lijdelijkheid – weet te ‘bewerkstelligen’ dat een der partijen de beste oplossing alsnog in haar verlangen opneemt.

39. In dezelfde zin Asser-Hartkamp II (1989), nr. 336.

40. Vgl. Hugenholtz-Heemskerk, Hoofdlijnen (1988), nr. 85.

41. De – niet van een partijverlangen afhankelijke – mogelijkheid voor de rechter tot het stellen van voorwaarden (artikel 6.5.3.12a (6:260)) is m.i. niet toereikend om een wezenlijk andere oplossing dan de verlangde te bereiken: een kloof als in de tekst omschreven zal langs deze weg niet kunnen worden overbrugd.

42. Men bedenke bovendien, dat de rechter door het opleggen van een of meer voorwaarden (artikel 6.5.2.12a lid 1) soms toch nog enigszins in de richting van zijn ide-

plaats wordt aldus voorkomen, dat de wederpartij kan afwachten en hopen dat de poging van de ander schipbreuk lijdt, opdat zij vervolgens op de oude voet haar rechten zal kunnen doorzetten. In de tweede visie zal de wederpartij die met een 'beter' verlangen wordt geconfronteerd, een nóg beter verlangen moeten uiten om uit de perikelen te geraken. Ook de wederpartij wordt aldus – en dat is winst – gedwongen om het achterste van de tong te laten zien. Voor de goede orde teken ik hierbij aan, dat ik met de term 'beter' niet het oog heb op een open onderzoek naar wat tussen de betrokkenen in algemene zin 'redelijker en billijker' zou zijn, maar op de vraag wat – naar het rechterlijk oordeel – de contractspartijen, gezien zowel het overeengekomene als de verzwakte status daarvan, in de gegeven omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid 'eerder' van elkaar mogen verwachten<sup>43</sup>.

Tot zover de concrete verlangens; bij de *minder concrete* ligt de situatie veelal eenvoudiger. Men stelle zich voor dat KBB wijziging vordert in een verbintenis tot het vestigen van enig minder verliesgevend grootwinkelbedrijf, of dat zij eenvoudig verlichting van haar plicht om een Bijenkorf van drie verdiepingen te bouwen aanvraagt, de precieze invulling van een en ander verder aan het rechterlijk oordeel overlatend. Zulk een verlangen biedt de rechter stellig de ruimte om voor de – naar redelijkheid en billijkheid – primair aangewezen oplossing (de kleinere Bijenkorf) te kiezen. Een partij die zich omtrent de door haar voorgestane uitkomst niet zeker voelt, zal er goed aan doen om – in ieder geval subsidiair – haar verlangen in dergelijke min of meer ruime bewoordingen aan de rechter voor te leggen.

## 8. 'De rechter kan'

Uit de eerdere<sup>44</sup> constatering dat artikel 6.5.3.11 geacht mag worden zowel de norm tot ingrijpen als die bij ingrijpen te bevatten, vloeit voort, dat van een werkelijke discretionaire bevoegdheid niet kan worden gesproken. Als naar redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding mag worden verwacht, *moet* de rechter, zo een zinvolle wijziging van hem wordt verlangd, tot aanpassing der rechtsverhouding overgaan<sup>45</sup>. En hij zal daarbij ook die norm moeten hanteren: wat mag men –

aalbeeld zal kunnen koersen. Hij zal daarbij overigens niet mogen 'ontsporen'; vergelijk de vorige noot.

43. Conform hetgeen in nr. 3 omtrent de 'middenkoers' van artikel 6.5.3.11 werd opgemerkt; vgl. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 974.

44. Zie nr. 3.

45. In deze zin ook A.S. Hartkamp, WPNR 5559 (1981), blz. 214. Anders J.H. Dalhuisen, Kisch-bundel (1975), blz. 67, die spreekt van 'a blank power to the judge'.



in de plaats van het overeengekomene – naar redelijkheid en billijkheid (nog) wél van elkaar verwachten? De term ‘kan’ geeft niet zozeer een beslissingsvrijheid te zien – in de zin dat de rechter onbelemmerd ‘neen’ zou kunnen zeggen of zijn visie aan partijen zou kunnen opdringen –, maar ziet in feite op de omstandigheid dat een wijziging of ontbinding *in rechte kan worden verkregen*.

In de zinsnede ‘de rechter kan’ dient het accent derhalve niet op ‘kan’, doch op ‘de rechter’ te worden gelegd: *de rechter* kan – bij constitutief vonnis – wijzigen of ontbinden. In die zin biedt het artikel nieuw recht. Naar huidig recht bestaat immers niet een dergelijke gerechtelijke aanpassingsoptie, doch kan slechts de van rechtswege werkende redelijkheid en billijkheid te hulp worden geroepen<sup>46</sup>. Anticipatie op artikel 6.5.3.11 moge qua criterium mogelijk zijn, zij kan niet worden doorgetrokken naar de rechterlijke bevoegdheid<sup>47</sup>.

### 9. Werking van artikel 6.5.3.1

De vraag rijst, of er in geval van ‘onvoorziene omstandigheden’ naast artikel 6.5.3.11 nog ruimte overblijft voor toepassing van de algemene bepalingen van artikel 6.5.3.1 NBW. Een ontkennende beantwoording van deze vraag kan worden gegrond op het aloude adagium ‘*lex specialis derogat legi generali*’<sup>48</sup>: waar een meer toegespitste bepaling aanwezig is, wijkt de algemene. In het onderhavige kader zou zulks eens te meer gelden, nu de wetgever artikel 6.5.3.11 met name heeft opgenomen om de materie der onvoorziene omstandigheden in de handen van de rechter te leggen. En bovendien: als redelijkheid en billijkheid reeds van rechtswege zou ingrijpen en aldus tot de conclusie zou leiden dat het contract automatisch in een bepaalde zin *is* gewijzigd of ontbonden, dan komt het constitutieve rechterlijke oordeel – waarbij de rechter afhankelijk is van hetgeen hem door partijen wordt voorgelegd – in de lucht te hangen. De slotsom dat de rechter bij afwezigheid van een bepaalde aanvraag niet in die zin zou mogen wijzigen (artikel 6.5.3.11), maar wel eenvoudig zou kunnen constateren dat het contract van rechtswege (artikel 6.5.3.1 le-

46. Zie de in noot 30 genoemde arresten van de Hoge Raad.

47. In vergelijkbare zin – ten aanzien van artikel 6.5.2.12a (6:230) lid 2 – terecht, zij het met weinig overtuigende motivering, HR 12 mei 1989, RvdW 1989, 129 (Hoogenstrijd/Schreven).

48. Het karakter van *lex specialis* wordt bijv. aangenomen door E.H. Hondius, Kwartalbericht Nieuw BW 1984/3, blz. 102-103; Asser-Hartkamp II (1989), nr. 341; vgl. A.L. de Wolf, Veranderde omstandigheden (1979), blz. 84 (‘een soort *lex specialis* van art. 6.5.3.1 lid 2’).

den 1 en 2) in die zin *is* gewijzigd<sup>49</sup>, zou – zacht gezegd – een curieuze zijn.

Toch betwijfel ik of aan deze overwegingen de conclusie mag worden verbonden dat er naast de *imprévision*-bepaling voor artikel 6.5.3.1 geen ruimte meer bestaat. Het wekt op zijn minst bevreemding, dat in dit soort gevallen redelijkheid en billijkheid anders dan via het rechterlijk vonnis niet meer tot haar recht zou kunnen komen. Maar laten wij eens bezien waartoe de toepassing van artikel 6.5.3.1 op een casuspositie van onvoorziene omstandigheden eigenlijk zou leiden. Ik roep het conflict tussen de gemeente X en KBB in herinnering<sup>50</sup>. Er zijn onvoorziene omstandigheden ingetreden, die meebrengen dat de gemeente van KBB geen onverminderde instandhouding van het contract mag verwachten. Maar wat mag zij – in plaats daarvan – nog wèl verwachten? Wij zagen reeds, dat in dit soort gevallen diverse oplossingen denkbaar zijn, en dat het niet eenvoudig zal zijn uit te maken wat precies de ‘ideale oplossing’ moet worden genoemd. Zo men zou aanvaarden dat redelijkheid en billijkheid het contract van rechtswege in de zin van die ideale oplossing aanpast, dan weet KBB niet dat zij een Bijenkorf van een verdieping minder moet bouwen, en beseft haar wederpartij (de gemeente) al evenmin dat zij die prestatie – en alleen die – kan vorderen. Dat is een slotsom die voor geen der betrokkenen aantrekkelijk – ja redelijk of billijk<sup>51</sup> – kan worden genoemd.

Ik vraag mij af of een wat andere invalshoek niet de voorkeur verdient. Deze zou dan hierin bestaan, dat men van elkaar mag verwachten om *in onderling overleg* tot een wederzijds aanvaardbare oplossing te geraken. Dat men, met andere woorden, van elkaar mag c.q. moet verwachten dat het contract wordt opgebroken, opdat een ‘nieuwe zekerheid’ zal ontstaan. Nu dient daarbij te worden vooropgesteld dat degene die het contract aan zijn zijde heeft m.i. in die zin in het voordeel blijft, dat hij (ook) het recht aan zijn zijde zal vinden totdat de *ander* een zinvol initiatief tot aanpassing der rechtsverhouding heeft ontplooid. De op het oorspronkelijke contract gebaseerde nakomingsactie zal onaanvaardbaar moeten zijn in de zin van artikel 6.5.3.1, en dat is zij alleen als de ander niet bot-

49. Zelfs zonder dat daarop een beroep wordt gedaan; zie hierna, nr. 15. ‘Gewijzigd’ dient in verband met artikel 6.5.3.1 overigens in ruime zin te worden opgevat: redelijkheid en billijkheid zou niet zozeer een rechtstreekse wijziging teweegbrengen, maar veeleer – door een samenspel van beperken en aanvullen – een daaraan de facto gelijk te stellen situatie doen ontstaan.

50. Zie hierboven, nrs. 6-7.

51. De notie van redelijkheid en billijkheid sluit m.i. een weging van rechtszekerheidsaspecten niet uit. Een onzekerheid als in de tekst omschreven, waarbij geen der partijen is gebaat, stelt een eventuele inhoudelijke zuiverheid in de schaduw.

weg nakoming weigert, maar zich constructief opstelt<sup>52</sup>. Op die ander rust ter zake niet een wezenlijke *plicht*, maar wel – zo men wil – een ‘Obliegenheit’<sup>53</sup>: als hij geen initiatief toont, kan zijn wederpartij het contract doorzetten. Maar de zaak ligt anders als hij wél een voldoende poging doet om in onderling overleg uit de perikelen te geraken: ofwel door een concreet (redelijk) aanpassingsvoorstel te presenteren, ofwel door in een meer algemene zin serieuze heronderhandelingen te openen. Alsdan zal de rechtsdoorvoering door de wederpartij onaanvaardbaar zijn, nu de – gezien de veranderde omstandigheden – verzwakte status van de contractuele regel haar belemmert om met voorbijgaan aan zulk een initiatief nakoming te vorderen<sup>54</sup>. Terugkerend naar KBB: de gemeente kan nakoming vorderen, en wordt daarin eerst geremd zodra KBB een redelijk initiatief ontplooit om gezamenlijk tot een ‘nieuwe zekerheid’ te geraken. De grond waarop de wetgever het opnemen van artikel 6.5.3.11 baseert, de rechtszekerheid, laat in deze benadering ook buiten rechte haar sporen na.

Het komt mij voor dat *deze* werking van redelijkheid en billijkheid zich wel degelijk met de aanwezigheid van artikel 6.5.3.11 NBW verdraagt. In feite lopen, aldus bezien, de artikelen 6.5.3.11 en 6.5.3.1 geheel met elkaar in de pas<sup>55</sup>: de rechter zal de schuldenaar tot onverkorte nakoming veroordelen, tenzij deze – in of buiten rechte – het initiatief tot een zinvolle aanpassing der rechtsverhouding heeft genomen.

## 10. Twee wegen

Op grond van het voorafgaande ben ik van mening, dat artikel 6.5.3.11 niet als een *lex specialis* aan het algemene artikel 6.5.3.1 NBW derogeert. Het is niet een *lex specialis*, maar veeleer een *lex suppleta*, die aangeeft dat partijen weliswaar buiten rechte tot een contractsaanpassing kunnen komen, maar dat *bovendien* de rechter bij constitutief vonnis tot die aan-

52. Tenzij de omstandigheden dermate zijn gewijzigd dat nog slechts een beëindiging van de bewuste contractuele regel in aanmerking komt: zie nader nr. 11 slot.

53. Zie omtrent het verschijnsel der ‘Obliegenheit’ recentelijk J.B.M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht (1989), blz. 197-201.

54. De eigen verantwoordelijkheid van de contractspartijen in dezen wordt ook beklemtoond door J.H. Dalhuisen, Kisch-bundel (1975), blz. 49-67; dezelfde, NJB 1976, blz. 181-183; J.M. van Dunné, bundel Iustitia et Amicitia (1985), blz. 126 e.v.. Deze auteurs denken evenwel – in het verlengde van hun beschouwingen inzake de zgn. hardship-clausule – in termen van werkelijke verbintenissen tot heronderhandeling. Vgl. N.J. van de Sande Bakhuijzen, WPNR 5387 (1977), blz. 254.

55. Vgl. noot 30 voor de aard van de toetsing aan redelijkheid en billijkheid.



passing – of ontbinding – kan overgaan. Een twee-wegen-stelsel is naar NBW overigens weinig bijzonder: men denke aan de vernietiging, de na-deelopheffing bij sommige vernietigbaarheden en de ontbinding wegens contractsschending<sup>56</sup>.

Werd tevoren gezegd dat de zinsnede 'de rechter kan' moet worden gelezen als *de rechter kan*, thans kan daaraan – al is dat weinig opzienbarend – het woord 'ook' worden toegevoegd: partijen kunnen zelf tot aanpassing overgaan en zullen dat, teneinde redelijkheid en billijkheid aan hun zijde te houden, soms ook 'moeten' doen, maar los daarvan kan naar NBW *ook de rechter* zulk een wijziging of ontbinding teweegbrengen. Aan artikel 6.5.3.1 wordt niet gederogerd, maar dat artikel lost zich in geval van onvoorziene omstandigheden – zich spiegelend aan artikel 6.5.3.11 – op in een stelsel van Obliegenheiten.

### 11. Kruiskoppeling

De door een verandering der omstandigheden getroffen contractant zal op twee wijzen aan de doorvoering van het overeengekomene kunnen ontkomen: ofwel door op de voet van artikel 6.5.3.11 een wijziging of ontbinding door de *rechter* te verlangen, ofwel door *buiten* rechte ter zake een zinvol initiatief te ontplooiën. In het laatste geval zal de wederpartij er goed aan doen op dat initiatief in te gaan, nu een onverkorte nakomingsactie harerzijds – gezien de correcte opstelling van de ander – van rechtswege met redelijkheid en billijkheid zal strijden (artikel 6.5.3.1 lid 2)<sup>57</sup>. Overigens mag in zulk een geval wel van die andere partij worden verwacht dat zij het voorstel handhaaft: de wederpartij moet daarop alsnog kunnen ingaan<sup>58</sup>.

56. Zie de artikelen 3.2.13 (3:49), 3.2.17c (3:54), 6.5.2.12a (6:230) en 6.5.4.8 (6:267). Op bedoelde verwantschap wijst ook H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht (1979), blz. 523.

57. Als de heronderhandelingen weliswaar worden geëntameerd maar vervolgens afspringen, zal moeten worden onderzocht aan wiens zijde de oorzaak van dit afspringen is gelegen. Ligt deze oorzaak bij de door de onvoorziene omstandigheden getroffen contractant, dan is de situatie gelijk aan die waarin men had verkeerd wanneer geen initiatief tot aanpassing was ontplooid: de wederpartij kan op de oude voet nakoming vorderen (een 'latere' toepassing van art. 6.5.3.11 op verlangen van de ander daargelaten). Is bedoelde oorzaak evenwel gelegen bij de wederpartij, dan is de situatie gelijk aan die waarin men had verkeerd wanneer de wederpartij het aanpassingsinitiatief had genegeerd: redelijkheid en billijkheid staat aan het vorderen van onverkorte nakoming in de weg (de wederpartij zal nog slechts langs de weg van art. 6.5.3.11 een aangepaste prestatie kunnen verkrijgen).

58. De partij die de lusten geniet (haar wederpartij handelt in strijd met redelijkheid en billijkheid door onverkorte nakoming te vorderen), zal zich niet meer aan de lasten mogen onttrekken (gebondenheid aan een gewijzigd contract).

Als het conflict eenmaal voor de rechter is gebracht, zal de kwestie doorgaans op de voet van artikel 6.5.3.11 in zijn handen worden gelegd. Maar blijft het bij een buitengerechtelijk initiatief, dan zal de rechter m.i. het beroep op artikel 6.5.3.1 lid 2 niet mogen passeren met het argument dat de betrokkene een verlangen in de zin van artikel 6.5.3.11 had dienen te uiten<sup>59</sup>: een 'gewone' toepassing van artikel 6.5.3.1 blijft tot de mogelijkheden behoren.

Ter afronding nog deze opmerking. Buitengerechtelijke initiatieven als hier bedoeld hebben vanzelfsprekend slechts zin in gevallen, waarin de betrokken contractant alleen aan de doorvoering van het oorspronkelijk overeengekomene kan ontkomen door niet simpelweg nakoming te weigeren, maar zijnerzijds op enigerlei wijze water in de wijn te doen. Er zijn zeker situaties denkbaar waarin voor zulk een 'inschikkelijkheid' goede grond ontbreekt: de omstandigheden kunnen dermate zijn gewijzigd, dat nog slechts – althans vooreerst – een *beëindiging* van de contractuele regel in aanmerking komt<sup>60</sup>. Alsdan kan de betrokkene m.i. eenvoudig naar artikel 6.5.3.1 lid 2 verwijzen, met als gevolg dat de bewuste regel – en daarmee soms het gehele contract<sup>61</sup> – als 'van rechtswege doodgebloed' kan worden beschouwd<sup>62</sup>.

#### MATIGING VAN EEN BEDONGEN BOETE

##### *12. Artikel 6.1.8.18 (6:94)*

Maar het wordt tijd het vizier te richten op een tweede rechterlijke bevoegdheid tot ingrijpen: die tot *matiging* van een overeengekomen boete, zoals neergelegd in artikel 6.1.8.18 lid 1 van het Nieuwe BW. Dit artikel lid luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

Op verlangen van de schuldenaar kan de rechter, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, de bedongen boete matigen (...).

59. Vergelijk, vermoedelijk anders, MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 974; MvT IW NBW, TK 17541, nr. 3, blz. 42.

60. Dit zijn de gevallen waarin het 'geen ongewijzigde instandhouding mag verwachten' neerkomt op een 'geen instandhouding mag verwachten'.

61. Vgl. het criterium van artikel 3.2.7a (3:41).

62. In het verlengde van het zojuist ten aanzien van de wijziging betoogde ben ik van mening, dat dit beroep op artikel 6.5.3.1 (6:248) dan niet zal kunnen worden gepareerd met de stelling, dat de betrokkene maar een ontbinding ex artikel 6.5.3.11 (6:258) had moeten verlangen.

Wederom treffen we het 'de rechter kan' aan, in combinatie met het 'op verlangen van een der partijen' – in casu van de schuldenaar – en een verwijzing naar redelijkheid en billijkheid. Wat het laatste betreft: de wet noemt hier alleen de billijkheid, doch Hartkamp<sup>63</sup> leert terecht dat dit begrip qua effect met dat van redelijkheid en billijkheid op één lijn kan worden gesteld.

In het tweede lid volgt eenzelfde regeling voor het tegenovergestelde geval: *aanvulling* van een overeengekomen boete ten gunste van de crediteur<sup>64</sup>. Ik zal verder alleen over de matiging spreken, onder de aantekening dat het betoog *mutatis mutandis* ook op de aanvulling in de zin van lid 2 kan worden betrokken.

### 13. Normvergelijking

Indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, zo zegt artikel 6.1.8.18 lid 1, *kan* de rechter de bedongen boete matigen. Daarmede is m.i. niet alleen het criterium *tot* toepassing van het wetsartikel gegeven, doch – impliciet – tevens het criterium dat *bij* de toepassing van de bepaling zal dienen te worden gehanteerd: de rechter kan en zal matigen, 'voor zover' de billijkheid dit klaarblijkelijk eist.

Hoe verhoudt zich dit uitgangspunt tot hetgeen uit de algemene regels van de artikelen 6.1.1.2 lid 2 en 6.5.3.1 lid 2 zou voortvloeien? Aldaar staat geschreven, dat een regel tussen partijen geen doorgang vindt voor zover zulks 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn'. Bestaat tussen beide formules een inhoudelijk verschil? Ik ben geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden. Beide tournures hanteren de (redelijkheid en) billijkheid, beide tournures ook brengen een element van marginale toetsing in: 'klaarblijkelijk'<sup>65</sup> respectievelijk 'onaanvaardbaar'. Zo er in theorie al een onderscheid tussen beide te maken valt, gaat het om een minimale nuancering, waarvan niet valt in te zien hoe zij ooit in de praktijk voelbaar zou zijn<sup>66</sup>; men zal derhalve van uniformiteit op dit punt mogen uitgaan<sup>67</sup>. De vraag rijst, wat artikel

63. A.S. Hartkamp, WPNR 5559 (1981), blz. 216-217.

64. Lid 2 luidt: 'Op verlangen van de schuldeiser kan de rechter, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, naast een bedongen boete die bestemd is in de plaats te treden van de schadevergoeding op grond van de wet, aanvullende schadevergoeding toekennen'.

65. Vgl. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 326.

66. Vgl. Mon. Nieuw BW A-16 (Abas), nr. 33.

67. De beoordeling van de vraag of de schuldenaar tot de betaling der gehele boete is gehouden, zal overigens – zowel in het licht van artikel 6.5.3.1 lid 2 als in dat van artikel 6.1.8.18 – afhankelijk zijn van 'tal van omstandigheden'. Te noemen zijn bijvoorbeeld: de zwaarte van de aan de zijde van de debiteur aanwezige schuld, de



artikel 6.1.8.18 lid 1 nu eigenlijk aan het overige recht – en dan met name aan de artikelen 6.1.1.2 lid 2 en 6.5.3.1 lid 2 – toevoegt of afdoet.

#### 14. *Achtergrond*

Waarom is de materie van het boetebeding niet aan de algemene weg van artikel 6.5.3.1 overgelaten, doch aan een afzonderlijk wetsartikel – waarvan de toepassing een constitutief vonnis te zien geeft – toebedeeld? De parlementaire geschiedenis van artikel 6.1.8.18 zelf<sup>68</sup> biedt geen uitsluit. Maar wel kunnen gegevens worden ontleend aan de toelichtende stukken bij artikel 6.1.9.12a<sup>69</sup>, in welke bepaling de algemene rechterlijke bevoegdheid tot matiging van 'wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding'<sup>70</sup> is neergelegd. Aldaar blijkt, dat artikel 6.1.9.12a – en voor artikel 6.1.8.18 kan gevoeglijk hetzelfde worden aangenomen – aldus is opgesteld teneinde de rechter een wettelijke steun te geven om tot matiging over te gaan. Raadadviseur Meijers<sup>71</sup> spreekt het vermoeden uit dat de rechtspraak zonder een dergelijke ruggesteun nooit zo ver zal gaan als in het artikel is neergelegd, en concludeert:

'Daarom: als men een matigingsrecht wil hebben, laat men het dan in de wet zetten, niettegenstaande een goede rechter dit ook wel uit het artikel omtrent de goede trouw zou kunnen halen'.

Aldus wordt echter wel gemotiveerd waarom een uitdrukkelijke matigingsbepaling in de wet is opgenomen, maar niet waarom daarbij de weg van het constitutieve rechterlijke vonnis is gekozen. Het tweede aspect (het vonnis) sluipt als het ware, met de aanvaarding van het eerste (een expliciete regeling), automatisch binnen.

#### 15. *Verschillen met artikel 6.5.3.1*

Derogert artikel 6.1.8.18 aan artikel 6.5.3.1? Het adagium 'lex specialis

→ aard en de verdere inhoud van de overeenkomst, de onderlinge verhouding van partijen, de mate waarin de schuldenaar zich van de strekking van het beding bewust is geweest. Vgl. HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (Saladin/HBU), HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (Pseudo-vogelpest); Mon. Nieuw BW A-16 (Abas), nrs. 5 en 12.

68. Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 323-330.

69. In de nieuwe nummering: artikel 6:109.

70. Zie het opschrift van afdeling 6.1.9 (in de nieuwe nummering: afdeling 6.1.10). Een contractuele verbintenis als bedoeld in artikel 6.1.8.18 is niet zulk een 'wettelijke verplichting'; vgl. art. 6.1.8.17 (6:92) lid 2.

71. Handelingen II (2846), Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 422-423. Kritisch het kamerlid Van Rijckevorsel, t.a.p., blz. 430.

derogat legi generali' pleit voor een bevestigend antwoord<sup>72</sup>. Zulks zou evenwel tot de conclusie leiden, dat in het geval van een boetebeding redelijkheid en billijkheid *niet* van rechtswege hun werking hebben, doch in feite worden 'opgehouden' tot aan het moment van het vonnis. Deze conclusie is weinig aantrekkelijk. De wetgever heeft duidelijk willen maken dat matiging van boetebedingen op haar plaats kan zijn – een standpunt ten faveure van redelijkheid en billijkheid –, en eindigt met een bepaling die tot de slotsom voert dat aan redelijkheid en billijkheid haar werking – vooralsnog – zou worden ontnomen. Nu kan men tegenwerpen dat dit toch geen probleem kan vormen als ter gelegenheid van het vonnis alles weer in het reine komt. Dit argument gaat er evenwel aan voorbij, dat de 'techniek' van het constitutieve vonnis tot enige bijzondere gevolgtrekkingen leidt.

In de eerste plaats wordt er voor de toepassing van artikel 6.1.8.18 expliciet geëist, dat de schuldenaar in rechte matiging van de boete *verlangt*. Ambtshalve matiging behoort derhalve niet tot de mogelijkheden<sup>73</sup>. Leggen wij dit naast een eventuele toepassing van artikel 6.5.3.1, dan komt een verschil aan het licht: de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid is een van rechtswege intredend, dwingendrechtelijk verschijnsel, dat door de rechter zo nodig ambtshalve zal moeten worden geconstateerd<sup>74</sup>. De rechter zal derhalve eigener beweging kunnen vaststellen dat de overeengekomen boete niet in haar totaliteit kan worden opgevorderd<sup>75</sup>. Nu is het stellig zo dat hij hierbij afhankelijk is van de feiten en omstandigheden die hem door partijen worden aangedragen; een debiteur die niet zelf naar redelijkheid en billijkheid of matiging verwijst, zal zelden de gegevens verschaffen die de rechter nodig heeft om tot een beperking op basis van redelijkheid en billijkheid te kunnen concluderen<sup>76</sup>. Maar ondenkbaar is dat toch niet. Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat iemand zich tegen zijn aansprakelijkstelling verweert met gedetailleerde betogen die in dat kader onvoldoende blijken, maar die in het licht van een uiteindelijk (redelijkheids- en) billijkheidsoordeel wel degelijk van gewicht kunnen worden geacht.

Een tweede consequentie is, dat het rechterlijk vonnis in principe *slechts ex nunc* werking heeft, terwijl redelijkheid en billijkheid reeds van-

72. Vgl. A.S. Hartkamp, Compendium NBW (1988), nr. 239 slot.

73. Met uitzondering van bedragen inzake proceskosten en/of buitengerechtelijke kosten: zie daaromtrent art. 57b (N)Rv.

74. Aldus terecht J.J. Vriesendorp, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden (1981), blz. 61-64.

75. De rechtszekerheid is thans niet – zoals bij de onvoorzienne omstandigheden – dermate in het geding, dat in termen van Obliegenheiten zou moeten worden gedacht.

76. Vgl. J.J. Vriesendorp, t.a.p.

af een eerder moment hun invloed zullen doen gelden. In dit kader is het opvallend, dat artikel 6.1.8.18<sup>77</sup> niet, zoals artikel 6.5.3.11, aangeeft dat de rechter aan zijn uitspraak terugwerkende kracht kan toekennen. Het matigingsmoment kan bijvoorbeeld van belang zijn in verband met de wettelijke rente, die inmiddels over de verbeurde boete is gaan lopen: een direct – van rechtswege – derogeren reduceert automatisch ook die rente, terwijl een matiging ex nunc de inmiddels over het volle boetebedrag verschuldigde verdragingsrente onaangetast zou laten.

## 16. Twee wegen

Zou men artikel 6.1.8.18 als *lex specialis* aan artikel 6.5.3.1 lid 2 doen derogeren, dan heeft de redelijkheid en billijkheid op dit terrein slechts haar werking indien daar een beroep op wordt gedaan, en werkt zij bovendien slechts vanaf het moment van het vonnis. Waar het artikellid juist ten doel heeft de debiteur te beschermen, mogen deze bevindingen ongerijmd heten: per saldo verkrijgt de bepaling de functie van een – zij het bescheiden – ‘bescherming’ van juist de wederpartij (de crediteur)<sup>78</sup>. Tegen deze achtergrond is zij reeds vóór haar invoering als achterhaald te beschouwen: de min of meer toevallige constructie van het constitutieve vonnis zou voor de schuldenaar geen negatieve gevolgen mogen hebben.

Verkieslijk lijkt mij dan ook de visie, dat artikel 6.1.8.18 *niet* aan het algemene artikel 6.5.3.1 lid 2 derogeert. De regeling inzake het boetebeding is geen *lex specialis*, doch veeleer een *lex suppleta*, een wettelijke regel die aan het overige vermogensrecht is toegevoegd en die een ‘andere weg’ belichaamt. Veel betekenis heeft de bepaling daarmee niet. Zij verschijnt in haar hoedanigheid van overgangsfiguur, merkbaar opgesteld in een tijd waarin de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid nog niet volledig tot ontwikkeling was gekomen. Het ‘de rechter kan’ dient niet te worden gelezen als ‘alleen de rechter kan’, doch als ‘*ook de rechter kan*’: de matiging vindt in wezen van rechtswege plaats, maar zij kan ook – met voorbijgaan aan wat reeds van rechtswege is geschied<sup>79</sup> –

77. Hetzelfde geldt overigens voor artikel 6.1.9.12a.

78. De parallel met de onvrede rond de huidige artikelen 1540 e.v. BW (verborgen gebreken bij koop) dringt zich op: in plaats van de koper beschermen die bepalingen – de facto – de verkoper. De Hoge Raad ziet hierin reden bedoelde regeling zo weinig mogelijk aan andere, wel als deugdelijk ervaren, regels in de weg te stellen: HR 3 april 1970, NJ 1970, 252 (Drankautomaten). Het betoogde geldt *mutatis mutandis* ook voor het tweede lid van artikel 6.1.8.18, dat per saldo een ‘bescherming’ van de debiteur bevat.

79. Deze dogmatische frictie zal men voor lief hebben te nemen.



door de rechter tot stand worden gebracht. Van enige discretionaire bevoegdheid is daarbij overigens geen sprake: de rechter die met een beroep op artikel 6.1.8.18<sup>80</sup> wordt geconfronteerd, zal – indien en voor zover de (redelijkheid en) billijkheid dat klaarblijkelijk eist – tot een matiging *moeten* overgaan.

Aldus gezien blijft een beroep op artikel 6.5.3.1<sup>81</sup> gewoon mogelijk; de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid zal zelfs ambtshalve door de rechter kunnen worden toegepast. Deze ruimte zal – zoals gezien – met name aan de orde komen als de schuldenaar wel een aantal relevante feiten aanvoert maar ‘vergeet’ om matiging te vragen, alsmede wanneer een vermindering reeds vóór het moment van het vonnis op haar plaats is.

## BESLUIT

### 17. *Afronding*

Twee bepalingen van rechterlijk ingrijpen in het door contractspartijen overeengekomene. De eerste (artikel 6.5.3.11) in het teken der rechtszekerheid en niet zonder zin, de tweede (artikel 6.1.8.18) een verouderde aansporing van de rechter. Maar hoe dit zij: geen van tweeën verijdelen zij dat redelijkheid en billijkheid van rechtswege haar werking heeft. Het rechterlijk ingrijpen vormt een *andere weg*, die naast de buitengerechtelijke (de ‘automatische’) komt. In het kader van artikel 6.5.3.11 – de onvoorziene omstandigheden – sluiten de beide wegen nauw bij elkaar aan, zodat inhoudelijke discrepanties achterwege zullen blijven. Bij artikel 6.1.8.18 evenwel blijft soms, teneinde aan ongewenste uitkomsten op de ‘andere weg’ te ontkomen, een afzonderlijk teruggrijpen op de algemene werking van redelijkheid en billijkheid noodzakelijk.

Mijnheer de Rector Magnificus,  
Dames en heren,

Aan het einde van mijn betoog gekomen, dank ik het College van Bestuur van deze Universiteit voor het feit van mijn benoeming, en breng ik tevens dank aan allen die hun vertrouwen in mij hebben gesteld door aan deze benoeming bij te dragen.

80. Hetzelfde geldt (m.m.) voor artikel 6.1.9.12a.

81. Of, in het geval van artikel 6.1.9.12a, op artikel 6.1.1.2 lid 2.

Veelal wordt bij een gelegenheid als deze een afzonderlijk woord gericht tot bepaalde personen met wie – of groepen van personen met welke – men goede banden heeft c.q. die hoopt te gaan ontwikkelen. Ik wil hierbij enige terughoudendheid betrachten. Niet omdat ik geen positieve gevoelens jegens velen van u zou kennen, maar veeleer omdat ik meen daaraan in het tijdsbestek van circa twee minuten geen recht te kunnen doen. Daarom moge ik deze weg kiezen.

Dames en heren van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid,

Dames en heren van de vakgroep Civielrechtelijke Vakken,  
Waarde Kleijn,

Waarde Nieuwenhuis,

Dames en heren van de Arrondissementsrechtbank Arnhem,

Dames en heren studenten,

ik ben u zeer erkentelijk voor de goede contacten die ik met u mocht en mag hebben, en spreek voor de toekomst de hoop uit op een vruchtbare voortzetting van onze samenwerking.

Tenslotte nog dit. Van een hoogleraar wordt verwacht, dat hij zich in de positie van zijn toehoorders kan inleven. Van hetgeen er op dit moment in u omgaat heb ik een vrij concrete voorstelling, die ik als volgt onder woorden zou willen brengen:

De hoogleraar is aan 't oreren,  
het hoofd in juridische sferen.

Maar 't gehoor denkt met smart:

'Wat zijn die banken toch hard –  
het wordt tijd dat hij gaat recipiëren ...'.

Ik heb gezegd.



ISBN 90 268 1962 5